



Distr.: General
21 May 2001
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
破产法工作组
第二十四届会议
2001 年 7 月 23 日至 8 月 3 日，纽约

破产法立法指南草案

秘书长的报告

目录

	段	次	页	次
一般性评论	1-3		5	
破产法立法指南草案	4-200		5	
第二部分. 行之有效的破产制度的核心规定	4-200		5	
一、清算程序与重组程序之间的关系	4-18		5	
1. 一般性评论	4-9		5	
2. 清算程序与重组程序之间的关系	10-18		7	
二、提起和开启破产程序	19-54		9	
A. 范围	19-26		9	
1. 一般性评论	19-24		9	

目录（续）

	段 次	页 次
2. 摘要 – 范围	25-26	10
B. 提起和开启标准	27-54	10
1. 一般性评论	27-50	10
2. 摘要 – 提起和开启	51-54	15
三、破产程序开启的后果	55-134	16
A. 破产产业	55-59	16
1. 一般性评论	55-59	16
2. 摘要 – 破产产业	--	17
B. 程序的中止	60-87	17
1. 一般性评论	60-78	17
2. 摘要 – 程序的中止	79-87	21
C. 合同的处理	88-118	22
1. 一般性评论	88-112	22
2. 摘要 – 合同的处理	113-118	27
D. 撤销行动	119-134	28
1. 一般性评论 – 撤销破产前交易	119-134	28
2. 摘要 – 撤销	--	31
四、程序的管理	135-189	32

目录（续）

	段	次	页	次
A. 债务人的权利和义务	135-142		32	
1. 一般性评论	135-142		32	
2. 摘要 – 债务人的权利和义务	--		34	
B. 破产代表的权利和义务	143-148		34	
1. 一般性评论	143-148		34	
2. 摘要 – 破产代表的权利和义务	--		35	
C. 债权人的求偿权	149-155		35	
1. 一般性评论	149-155		35	
2. 摘要 – 债权人的求偿权	149-155		37	
D. 债权人委员会	156-166		37	
1. 一般性评论	156-166		37	
2. 摘要 – 债权人委员会	--		39	
E. 开启后融资	167-168		40	
1. 一般性评论	167-168		40	
2. 摘要 – 开启后融资	--		40	
F. 重组计划	169-189		40	
1. 一般性评论	169-189		40	
2. 摘要 – 重组计划	--		45	

目录（续）

	段	次	页	次
五、清算和分配	190-200		45	
分配的优先权	190-200		45	
1. 一般性评论	190-197		45	
2. 摘要 – 分配	198-200		47	

一般性评论

1. 本项说明阐述破产法立法指南草案的第二部分，它论述一项行之有效的破产制度的核心规定。每个主题领域分为两节。第一节分析性介绍每个核心主题领域提出的问题，并讨论政策问题和比较做法。第二节摘要归纳第一节讨论的做法。摘要中说明的某些做法反映在第三部分的规定草案中（见 A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2 号文件）。

2. 凡有可能，将主题领域的处理分为清算和重组，以区分适用于每种程序的不同问题。题为“一般性评论”的各段普遍适用于破产程序，而且意在介绍以下各段。

3. 第二部分中的材料大体上基于国际货币基金组织、亚洲开发银行和世界银行的工作。工作组不妨考虑能给每个主题领域章节增加什么不同的做法和实例，以扩展不同破产制度的比较分析。工作组不妨还考虑，除了已经讨论的以外，指南中是否还应论述任何其他的主题领域和问题。也许可列入指南的某些补充问题在方括号内注明（例如，在合同处理项下提及了尚未完成的抵消和财务合同及互抵）。有待工作组审议的具体问题在文内注明。有关若干主题领域的 B 节已经完成，以帮助工作组审议它可能希望建议哪些做法和这些建议如何可以体现在指南中。

破产法立法指南草案

第二部分

行之有效的破产制度的核心规定

一、清算程序与重组程序之间的关系

1. 一般性评论

4. 在债务人没有能力偿还和履行到期债务和义务时，就需要规定一种法律机制，以满足对于该债务人的所有有形和无形资产的未清求偿权。多数法律制度载有为处理这种情况而可提起的各类程序的有关规则，它们可通称为“破产程序”。可以区分出两类破产程序，但并不始终使用统一的术语。

5. 称为“清算”的这类程序规定由某个公共机构（典型的是——但不一定——通过一个专门指定的官员行事的法院）接管债务人的资产，以期将非货币资产转变为货币形式，并随后将收益按比例分配给债权人。此类程序通常导致债务人作为商业法律实体的清算或消失，尽管在某些情况下可将这种资产作为一个经营企业整体出售。

6. 亚洲开发银行¹指出，清算在其概念、接受和适用方面往往接近于具有“普遍性”。它通常情况下遵循一种包括下列方面的格局：

- (a) 由该实体或债权人向法院或其他主管机关提出申请；
- (b) 作出清算实体的命令或判决；
- (c) 指定一名独立人士进行和管理清算工作；
- (d) 关闭实体的业务活动；
- (e) 终止董事的权力和雇员的聘用；
- (f) 出售实体的资产；
- (g) 裁决债权人的求偿权；
- (h) 将现有资金分配给债权人（根据某种优先形式）；
- (i) 解散实体。

7. 第二类程序经常称为“重组”、“救助”、“改组”或“恢复”，其含义具有更大的不确定性。为了本文的目的，也为了简单起见，使用术语“重组”指其最终目的在于允许债务人克服财政困难和恢复或继续正常商业经营的程序。改变业务实体的组织或重新安排债务可以实现这一结果。实施重组的不同方式可能取决于业务的规模和具体情况的复杂程度。
[对工作组说明：可取的做法也许是对上文讨论的过程的备选形式作更详细的比较分析。]

8. 亚洲开发银行²²指出，尽管重组过程的普遍性不及清算过程，并因而可能不遵循此种共同的格局，但仍可确定若干关键或至关重要的部分：

- (a) 实体自愿服从该过程，它可能涉及司法程序和司法控制或监督；
- (b) 在一段有限的时间内，自动和强制性中止或暂停针对该实体的财产并影响所有债权人的诉讼和程序；

¹ 亚洲开发银行的法律和政策改革，关于 RETA 5795 的报告：亚洲及太平洋地区的破产法改革，2000 年 4 月，第 15 页。

² 上文注 1，第 16—17 页。

(c) 继续开展实体的业务，可由现有的管理部门、一名独立管理者或二者结合进行此项工作；

(d) 拟订一项计划，提出将如何对待债权人、股票持有人和实体本身的方式；

(e) 由债权人审议并表决是否接受该项计划；

(f) 可能时，由司法部门核准接受的计划；和

(g) 实施计划。

9. 由于常规清算程序与重组程序之间的区别并不始终一清二楚，因此可能引起进一步的困难。有时使用术语“重组”以便指某种特定的方式，用以在清算程序背景下确保保持和可能时提高破产财产的价值。例如，如果法律规定通过将企业作为继续经营的企业转让给另一实体的方式进行清算，就属于此种情况。虽然此种程序似乎会使人联想起“救助”的主意，如通常与重组联系在一起的那样，但实际重组并未发生。在这类情况下，术语“重组”只是指使用一种传统清算（即直接出售资产）以外的方法，以便使破产财产获得尽量大的价值。³

2. 清算程序与重组程序之间的关系

10. 在某些情况下，因债务人破产而产生的需要以下述方式能最有效地加以满足：清算债务人全部资产并随后在债权人中分配收益。不过，在另一些情况下，清算不一定是最大限度提高破产企业资源价值的最有效办法。在实际生活中，资产的直接清算经常导致债权人只得到其求偿权名义价值的一部分。在此种情况下，企业重组以保持企业的人力资源和商誉可能证明是一种有效的方法，能够尽量提高债权人求偿权的价值，使他们能够得到更有利的待遇，或甚至得到全额偿付。例如，如果企业的价值依靠无形资产（例如知识产权）而不是有形资产，情况可能尤其如此。

11. 考虑到某种法律制度的政治背景和社会背景，也许可能有理由优先选择重组而不是清算。可将保护困难企业的雇员视为一项紧要目标。此外，有些国家还可能认为重组程序可促进广泛的社会利益，不仅鼓励债务人在其财政困难变得太严重前就诉诸重组办法，而且可

³ 《世界银行报告》（2001年4月）对恢复作出如下定义：“重组（改组）企业的财务关系以恢复它的财务健全并使它具有财务生存能力的过程。这个过程可能包括组织措施和通过债务免除、重新安排债务偿还时间、债换权益和其他手段改组业务关系和市场关系。它也可能涉及将企业作为继续经营的企业出售，在此种情况下，该项程序可能等于清算程序条件下的类似出售。”

向债务人提供“二次机会”，从而最终促进经济发展和增长。因此，许多国家承认，一种可有效发挥作用的破产制度需要包括清算和重组两种程序。

12. 虽然多数国家规定清算和重组两种程序，但对于可能导致这些结果之一的程序的结构，做法却大相径庭。有些国家规定一种单一而灵活的破产程序，交替地导致清算或重组，依据案件的特点而定。另有一些法律规定两种明显不同的程序，各自规定自己的介入和开启要求，两种程序之间的转换存在着不同的可能性。

13. 将清算程序和重组程序视为彼此互不相同的法律，依据的是不同的社会和商业政策考虑，而且是为了实现不同的目标（见第一部分）。不过，清算和重组有许多共同的问题，因而无论从程序性步骤看还是从实质问题看，二者之间存在着相当多的重叠和联系，下文第二部分的讨论将表明这一点。

14. 在奉行两种不同程序的做法时，确定破产债务人的企业是否具有生存能力至少应在理论上确定应利用哪种程序。不过，实际上，在开启任一程序时，经常无法对企业的财务生存能力作出最后评价。因此需要法律规定两种程序之间的联系，以期允许二者之间转换。可取的做法是提供有关手段，它们能够防止将重组程序滥用作为一种避免或推迟清算的手段，例如[……]。

15. 如果提供清算和重组两种程序，可采取许多不同的方法处理二者之间关系的问题。在有些国家，将清算与重组之间的初始选择权给予申请破产程序的一方。在一个或多个债权人提起清算程序时，法律将经常提供一种机制，使债务人能够要求转换至重组程序。

16. 在债务人申请重组程序时，不论是它主动提出还是由于债权人申请清算的结果，按照逻辑应先决定重组申请。不过，为了保护债权人，某些破产法将规定一种机制，一旦断定重组不可能取得成功，便能将重组转换为清算。保护债权人的另一种机制，可以是规定可准予违背债权人的意志进行重组的最长期限。

17. 作为一项通则，虽然清算和重组程序通常作为单独的程序提出，而且它们一般依次执行，也就是说，如果重组不能获得成功，或重组努力未能奏效，才将启动清算程序。在有些破产制度中，一般的假定是，企业应当重组，而且只有在所有的重组尝试都失败后，才可启动清算程序。在规定转换的破产制度中，依据法律规定的情况而定，可由债务人、债权人或破产代表提出将重组转换为清算的申请。这些情况可能包括债务人无力支付申请后到期的债务；重组计划未能获得批准；以及未能履行获准的计划规定的义务或债务人试图欺诈债权人。尽管重组程序经常可能转换为清算程序，但多数破产制度规定，一旦重组已经转换至清

算，则不允许再转换至重组。

18. 由于一开始难以确定是否应当清算债务人而不是重组债务，导致某些国家修订它们的破产法，用“单一的”程序取代分开的程序。根据“单一”法，凡发生破产情况，就适用同一程序；因此，在初始期内（通常称为“观察期”，在单一法的现有实例中，最长可达 3 个月），并不假定企业最终将重组还是清算。只有作出了重组是否实际可能的断定，才在清算诉讼与重组程序之间作出选择。这种做法提供的基本优势依赖于它程序上的简单。允许重组与恢复二者的简单而单一的程序，也可能导致鼓励面临财政困难的债务人及早求助于破产程序，从而增加成功恢复的机会。

二、 提起和开启破产程序

A. 范围

1. 一般性评论

19. 制定破产制度时一个重要的起点问题是，作为债务人，哪些实体可接受一般破产法的管辖。如果任何实体不包括在此过程中，它将不享受该过程提供的保护，也不受该过程纪律的约束。资格规定将认定其企业可清算或重组的那些法人和自然人类型，或者认定任何排除在该法适用范围的企业。

20. 一般的破产制度可适用于从事业务活动的所有形式的企业，不论是私有的还是国有的，特别是作为与众不同的工商业实体参与市场竞争，或受制于与私有实体相同的商业和经济过程的那些国有企业。在下述情况下可有例外，即例如政府已奉行了一项将此类企业责任除外或提供明示担保的政策。企业本身为政府所有这一点，可能不足以提供将企业排除在一般破产法覆盖范围外的依据。

21. 可取的做法可能是向范围尽量广泛的企业提供破产制度的保护和纪律约束，但可为某些实体提供单独的待遇。产生这种单独待遇的原因可能有多个，例如包括关于消费者的公共政策关注事项，或对于这些实体特殊性的关注和对于其需遵守的通常是详细的规章性法律制度的关注。此类实体可能包括银行和保险机构、公用事业公司、股票或商品经纪人等。

22. **主要利益中心：**除了体现必要的业务属性外，债务人与受其破产法管辖的东道国必须有足够的联系。虽然有些法律利用有关标准如主要营业地，但贸易法委员会在《跨国界破产示范法》中采用了称为债务人“主要利益中心”的说法。除了示范法外，该术语还用于《贸易法委员会应收款转让公约》草案和 2000 年 5 月 29 日关于破产程序的第 1346/2000 号《委

员会（欧共体）条例》（“欧共体条例”）。示范法未界定该术语；《欧共体条例》（陈述部分第 13 段）表明，该术语应对应于“债务人定期管理其权益并因而可为第三方查明的地点”。如《贸易法委员会跨国界破产示范法》第 16（3）条规定，如无相反证据，债务人的注册办事处或个人的惯常居住地推定为债务人的主要利益中心。

23. **营业所：**有些法律规定，破产程序可在债务人有营业所的法域开启。《跨国界破产示范法》第 2 条将术语“营业所”定义为意指“债务人以人工和实物或服务进行某种非临时性经济活动的任何营业场所”。《欧共体条例》包括类似的定义但略去了“服务”的提法。该定义对示范法的结构很重要，因为它确定了那些只可以承认为非主要程序的程序；主要程序要求存在一个主要利益中心。《欧共体条例》同样规定，破产程序可在债务人有营业所的法域进行，但这些程序的范围将限于债务人位于该国领土的资产。

24. **资产的存在：**有些法律规定，可对在法域内拥有资产或曾经拥有资产的债务人开启破产程序，而不要求在法域内有营业所或主要利益中心。资产的存在引起多个法域的问题，包括多起程序和协调与合作的问题，而这可能牵连《贸易法委员会跨国界破产示范法》。因此，在利用资产存在作为标准的地方，合适的做法可能是包括示范法在协调和合作方面所提供的保护。

2. 摘要 – 范围

25. 破产法应适用于所有经营商业企业的债务人，包括国有企业，而例外的范围有限。这些可能包括管理程度较高的实体如银行和保险公司。

26. 如果债务人在破产法颁布国拥有主要利益中心，就能对其开启破产程序。如无相反证据，法人在该国拥有注册办事处将推定为其在该国拥有主要利益中心，而在自然人的情况下，这种推定将参照其惯常居主地。

B. 提起和开启标准

1. 一般性评论

27. 提起和开启标准有助于划定哪些实体属于破产过程的保护和纪律机制的范围以及由谁将其纳入此种范围。本节论述在能够提起和开启破产程序前必须达到的标准，而且在非自愿（见下文“清算”节项下）程序的情况下，详细指明可对债务人提起破产申请的当事方。

28. 通常，而且在不违反防止滥用破产过程的正确和适当的保障规定的情况下，可取的

做法是破产过程的介入应当方便快捷和费用低廉，以便鼓励处于财政困境或破产的企业自愿服从这个过程。限制性的介入可能抑制债务人和债权人双方，而拖延会在资产的耗散和重组的可能性方面造成损害。

29. 开启标准是破产法拟订方面的一个中心因素。这些标准如何制定决定看需要做哪些工作以便提起破产程序，程序如何开启，破产程序提起至开启程序的期限多长和在此期间会出现什么情况。

(a) 清算

30. 破产法一般规定清算程序应由一个或多个债权人提起（经常称为非自愿程序），或由债务人提起（经常称为自愿程序），或通过法律的运作提起，在这种情况下，债务人不能满足某些法定要求自动触发破产程序（也称非自愿程序）。

31. 在程序开启前必须达到哪些具体标准，各国法律的规定是不同的。若干法律包括备选标准，而且还区分适用于清算的开启标准和适用于重组的开启标准。

32. 广泛用于开始清算程序的一项标准是资产流动性或现金流动标准，它要求普遍停止偿付到期债务。不过，各国利用这种标准的方法各不相同。在有些国家，它提供清算或重组程序开启的依据，并在选择清算的情况下，可在以后将它转换至重组。在另一些国家，依据此项标准只能开启重组程序，而且只有在证明企业不能重组时才可转换至清算程序。根据第三种做法，依据这项标准开始单一程序，而且只在以后再在清算与重组之间作出选择（见上文第一节）。

33. 依靠普遍停止偿付标准的做法旨在债务人财务危难期中足够早地激活破产程序，以避免债权人竞相霸占资产，从而肢解债务人而使债权人集体处于不利地位。一个备选做法将是采用资产负债表法，将负债超过资产视为说明处于较大的财政困境。不过，这种方法经常导致重组的可能性消失后才开启程序。此外，它也因证据不利而受损，而且可能背离价值最大化的目标。如果会计标准和估价技术引起价值扭曲而不反映公平市场价值，或如果市场发达程度不够或不够稳定以确定该种价值，也可能对破产作出不准确的测定。它一般将需要专家审查帐簿、记录和财务数据，以确定企业的公平市场价值。如果记录保管不当或不便于查阅，就将特别困难。在债务人保持着一家经营中的企业时，此种测试对于其集体应对债权人的能力并不一定有意义。资产负债表法可用来帮助界定破产，但可靠程度不足以构成此种界定的唯一基础。

34. 与普遍停止偿付法相关的问题，例如对陷入财政麻烦但仍有财政生存能力的企业开

启清算程序，可通过下述方法来解决，即可因债务人或债权人或破产代表的要求撤销程序或将此程序转换为另一种程序（例如将清算转换至重组——见第一节）。其他的问题可能涉及滥用这一过程，例如债务人将破产作为抵挡单一债权人的盾牌，或将破产申请作为债务强制执行程序（可能未充分发展起来）的替代办法，或债权人利用破产企图迫使有生存能力的企业退出市场或获得优先偿付。

(一) 债务人提起

35. 虽然“普遍停止偿付”要求在技术上可适用于债务人和债权人双方的申请，但在实际上，债务人的申请一般将是最后手段即在无能力偿付时才这样做。这样，虽然多数国家的法律在理论上可将一个类似的标准适用于债务人和债权人双方提起的清算程序，但在实践中，在债务人提出申请的情况下，将不细究标准的适用问题。在有些法律中，债务人提出申请时可不必要依赖于对其财政困难的任何特定标准。鉴于这些考虑，对债务人来说可取的做法也许是根据破产制度基于其财政状况的简单申报提出申请。如属法人，可由董事或理事会的其他成员进行申报。

36. 有人可能会提出，此种标准的适用可能导致债务人滥用该过程来搪塞推诿，并使债权人不能迅速获得债务的全额支付。在这种情况下，一种补救办法可以由法律规定，有关法院可宣布该债务人不再受破产法约束。（**对工作组的说明：有其他补救办法吗？**）在有些国家，介入权的拒绝基于这样一项断定：债务人申请的动机是企图滥用制度，通过利用它来规避其他正当的法律和义务。

37. 同债务人提起的破产程序有关的一个问题是可能对债务人施加一项职责，要求其在财政困难的某个阶段提出开启程序的申请。确定及早采取行动的义务可能有好处——在重组的情况下，及早行动增加成功的机会，而在清算的情况下，通过防止债务人资产的进一步散失而将保护债权人的利益。不过，鉴于拖延申请正式程序可能导致个人承担责任，确定申请职责的规定，可能阻止管理部门寻求达成庭外重组协议（在特定情况下，这可能是更合适的备选方法）。采取奖励措施（例如提供保护防止强制性行动），鼓励债务人及早提起破产程序，比依赖旨在迫使债务人及早采取行动的处罚可能更可取。

(二) 债权人提起

38. 在债权人申请的情况下，虽然他们能够证明债务人未能偿付他们自己的求偿权，但提供普遍停止偿付的证据可能就不太容易了。实际上需要债权人以比较简单的形式出示证据以确立债务人破产的推定，而又不给债权人施加过重的举证责任。

39. 破产法以多种方式处理债权人提起的问题。这包括要求一个以上的债权人提出申请（尽量减少单一债权人滥用此过程的可能性，他可能谋求将破产过程作为债务强制偿还机制的替代手段），要求债权人的到期求偿权达到某个价值（或求偿的数目和价值二者），或要求债务人向法院提供信息以便能够作出普遍停止偿付的断定（见第四.1节）。规定求偿权的特定价值不一定是最合适的起草方法，因为货币值是变化的，这使得有可能需要修正法律。一种较为方便和客观的标准是，在提出书面偿付要求后的规定时期内债务人未能偿付到期债务。

(三) 政府机构的提起

40. 除了上文（一）、（二）两节外，破产法还可给予某个政府机构（通常为检察机关或同等机构）以非专属权限，如果任何企业停止偿付款，或更笼统地说在某些国家，如果认为提起清算程序符合公众利益，可以对此企业提起清算程序。在后一种情况下，不一定需要证明非流动性，从而使政府能够终止例如从事了某种欺诈性或犯罪性活动的本身健康的企业的经营活动。虽然在某些情况下行使此种治安权力可能是适当的，但显然可取的是不滥用这些权力，且按照明确的准则行使这些权力。

(b) 重组

41. 虽然破产法一般规定清算程序由债权人或债务人提起，但对于重组程序是否也能由债权人提起没有达成共识。鉴于此种程序的目标之一是为债权人提供机会，通过企业的重组以提高他们求偿权的价值，因此可取的做法可能是不将提起重组程序的专属权限给予债务人。债权人提起重组程序的能力对于债权人是否能够提出重组计划的问题也很重要（见第四.6节）。有些国家采取这样的立场：由于在许多情况下债权人是成功重组的主要受益人，债权人应有机会提出计划。如果采用这种做法，看来也合理的是规定债权人能够提起重组程序。

(一) 债务人提起

42. 与鼓励债务人在早期阶段处理财政困难问题的目标相一致的开启标准可能是这样的标准，即它不要求债务人一直等到普遍停止偿付（即等到它缺乏流动资金）后再提出申请。不少国家承认这种预期缺乏流动资金做法的优点，尽管采用的方法有所不同。在有些法律中，重组程序不实际牵涉实质性标准：债务人可随意提出申请。其他的法律规定，如果债务人设想今后它将无能力偿付到期债务，它可以提出申请。即使在采用单一程序的国家，也对债务人提出的申请实行此种预期缺乏流动资金的标准。

43. 开启标准的此种放宽可能招致债务人滥程序。例如，未陷入财政困境的债务人可

能试图提起破产程序和提出重组计划，这将使它能够摆脱沉重的义务如劳动合同。是否能够产生此种滥用是重组程序要素如何设计的问题，例如一旦程序开启，法律允许债务人对企业保持多大程度的控制。处理债务人属于滥用过程的申请的一个手段，可以是允许法院根据一有关当事人的申请撤销破产程序，假定这种撤销将符合债权人的最大利益的话。

(二) 债权人提起

44. 如将同一较低的标准适用于债权人提起重组程序，要证明这种做法的正确可能比较困难。如果法律允许债务人基于预期缺乏流动资金提起破产程度，将难以设想债权人将如何掌握足够的信息以评估该项标准是否已经达到。通常，违背债务人的意志开启任何形式的破产程序似乎是不合理的，除非债权人能够证明他们的权利已遭受损害。

45. 由于这些原因，合适的做法可能是将同一开启标准适用于债权人提起清算和重组两种破产程序（即普遍中止偿付，见上文一（b）节）。此项标准与双轨法和单一法似乎都一致（在上文第一章中讨论）。其中不同标准的适用主要并不是提起的破产程序的应变量，而是申请人是债务人还是债权人。这种做法的例外将是这样一种情况：在直至断定重组已无可能前，债权人或债权人人都不得提起清算程序。在这种情况下，清算程序的开启标准将不是普遍停止偿付，而是重组不能成功的断定。

46. 如在清算情况下一样，适用于债权人重组申请的标准可包括要求此种申请由一定数量的债权人提出，或由持有某一价值到期求偿权的债权人提出，或两项标准都应达到。

(c) 程序性问题

47. 破产程序引起若干程序性问题。初步的一点是发起该过程可能采用的方式。在许多国家，正常的做法是由主法域的法院依据开启申请确定开启的规定条件是否已经满足。有些法律采取不同的做法，例如允许通过向某个行政管理机构作出申报以开始自愿重组过程。
[对工作组的说明：有其他实例吗？]

48. 如果要求法院就开启作出裁决，实际上就可能有必要确保程序连续进行而不拖延。实现这一目标的一个手段可能是提供一个提出申请后的明确期限，关于开启的裁定必须在此期间作出。

49. 在债务人自愿申请的情况下，获得申请通知和有机会对资格和破产的推定提出质疑，直接关系到债权人或其他有关个人的利益，也许应限定到规定的时限内，以防止不必要的延长程序。通知可直接发给已知的债权人，但通知不明债权人的必要性已导致立法机关包

括一项规定，要求此种通知在政府的官方出版物或商业性或广泛发行的全国性报纸上公布。在债权人提起破产程序的情况下，可能需要通知债务人并使之有机会对债权人的求偿权具有确定的价值、已到期而且未偿付的推定提出质疑。要求债务人提供必要信息和使债权人能够寻求此种信息的规定在第四.1 节中论述。

(d) 成本

50. 债务人和债权人申请破产程序都可能需要缴费，这种缴费可用来帮助支付破产制度的费用。在确定收费水平时，需要兼顾这样两点，一是不抑制债务人提出申请，一是能够有助于支付破产程度成本的一大部分。[对工作组的说明：将有关成本的问题在多大程度上列入指南才可取？]

2. 摘要 – 提起和开启

51. 清算申请可由下述方面提出：

- a. 债务人，基于普遍停止偿付[无能力偿付到期债务]；
- b. 一个或多个个人债权人，基于规定数目的债权人能够证明他们持有的求偿权已到期而且债务人未偿付；
- c. 由[规定的][政府]机构。

52. 重组申请可由下述方面提出：

- a. 债务人，基于实际或预期没有能力偿付到期债务；
- b. 其一个或多个债权人，基于规定数目的债权人能够证明他们持有的求偿权已到期而且债务人未偿付。

53. 开启程序的申请应向法院提出，而且法院应在规定的时期内就申请作出裁定。

54. 申请通知应发给债务人（在债权人申请的情况下）和债权人（在债务人申请的情况下）。

三、破产程序开启的后果

A. 破产产业

1. 一般性评论

55. 不论是清算还是重组，破产过程的基本点是确定、收集、保存、保护和处置组成所管产业的资产。所有制度都有破产产业或受制于破产程序的资产的某种概念。有的法律完全排除某些类型的财产或受制于某种权益的财产不受破产过程的管理。如果财产受制于债权人的担保权益，某些破产法规定它受制于破产程序（因而也受制于中止和开启的其他效力的适用），而其他的法律规定它不受破产影响，而且债权人可进而强制行使他们的法律权利和合同权利（见第三.2章“程序的中止”）。其他的法律要求所有财产在初审时均需受制于程序，但需有危害或损害的证据。什么受制于或不受受制于程序（以及因此在使用术语“产业”时是否将其包括在该术语概念内）的问题，将影响程序的范围和实施，在重组情况下尤其如此，这将对这些程序是否取得成功具有重大的影响。

(a) 拟包括的财产

56. 可以预期产业的资产包括债务人截至破产程序开启时的财产，以及破产代表在该日期后获得的资产，而不管是行使撤销权（第三.4节“撤销行动”）时所得还是在经营债务人业务的正常过程中所得。在自然人的情况下，产业可排除下列财产：例如与申请后因提供个人服务所得收益有关的财产，债务人谋生所需的财产，以及个人和住户财产。

57. 可以预期，债务人的财产包括债务人拥有权益的所有资产，而不管在程序开启时是否为债务人所占有，包括所有有形和无形资产。有形资产在债务人的资产负债表上应能易于查到，例如现金、设备、库存和不动产。可包括在无形资产类别内的资产[以债务人权益的多少为限]因国家而异，取决于有关的法律。在自然人的情况下，产业也可包括下述资产：债务人拥有权益或债务人在破产程序开启时有权享有或在破产程序期间存在的继承权。

(b) 第三方所有的财产

58. 在下述情况下可能引起复杂的问题，即确定一笔资产是为企业所有，还是为另一方所有但依照使用、租赁或许可安排为债务人占有。第三方所有但在程序开启时为债务人占有的那些资产，一般将不包括在产业中。由债务人使用但受制于一项出租人保留法定所有权和有租赁协议的那些资产可能需要特别注意。在所有权融资（指资金提供方拥有资产的所有权而不是抵押或担保权益）具有相当重要性的国家，可能需要尊重债权人对资产的法定所有权

并允许它与产业分开（但需遵守第三.3节“合同的处理”中的规则：如果破产代表批准租赁合同，分开权可能受到限制）。另一些国家可能行选择仔细审查此类融资安排，以断定租赁事实上是否为变相的担保放款安排，在此种情况下，出租人所受的限制与担保放款人的相同

(c) 财产的收回

59. 确定将受制于程序的资产可能要求破产代表采取行动收回产业中不当转让的财产，或在破产时转让并具有违反平等原则（即相同等级的债权人享受平等待遇，而且按他们求偿权的比例从产业的资产中得到偿付）的后果的财产。多数法律制度规定提供某种手段，搁置和收回先前导致某些债权人得到优惠待遇或具有欺诈性或为了使债权人的权利失效而作出的交易的价值（见第三.4节“撤销行动”）。

2. 摘要 – 破产产业

[……]

B. 程序的中止

1. 一般性评论

60. 对债权人针对债务人财产的诉讼和程序实施暂停或“中止”，就是承认破产程序的集体性质。实施中止通过防止债权人肢解债务人的商业企业以图促进它们的具体利益，能够确保公平有序地实施破产程序。制定有效破产制度时的关键问题之一是如何兼顾下述两方面的利益，一是通过实施广泛的中止以限制债权人的行动而使实体得到的眼前利益；一是因限制中止干扰与债权人的合同关系的程度而产生的长远利益。

61. 关于受中止影响的权利的范围，各国之间有很大的不同。对于中止未担保债权人针对债权人或其资产的诉讼的必要性几乎没有争论。不过，中止对担保债权人的适用可能较为困难，而且需要权衡若干相竞的利益。例如，这些包括维护合同；确保债权人按它们求偿权的比例从产业资产中得到偿付；尽量为全体债权人提高资产价值；以及在重组的情况下，成功地重组具有生存能力的企业。

(a) 中止的适用

62. 初步的问题在于中止是自动适用还是经法院酌定后适用。尽管当地政策考虑和各种因素，如可靠金融信息的可获性和债务人及债权人利用具有破产经验的独立司法人员的能力等，可能影响中止是自动适用还是由法院酌情考虑后准予的裁定，但自动中止是许多现代破

产法制度的一个特色。

(一) 清算

63. 在清算程序中，程序的中止允许同一等级的债权人参与为了全体债权人的利益而进行的债务人资产公平和有序的变现和分配。强调点是全部或部分出售资产，以便债权人能尽快从收益中获得偿付。尽量增值是压倒一切的目标。

64. 尽管有此项目标，仍需要根据普通未担保债权人的权益权衡担保债权人的权益。可以论证，如果不想维护整个企业以便可能作为一个继续经营的企业出售，清算的天平应倾向于维护担保债权人的合同权利。与此同时，这些担保权利的保护可能需要兼顾这样一种可能性，即价值的最大化可能要求将企业的资产集体出售而不是分件出售。如果资产的集体价值高于拆开的价值，情况尤其如此，而且结果将使债权人普遍得到更大的好处。更经常的情况是，担保债权人将对企业最重要的资产持有担保权。

65. 有些国家采取这样的做法，即为了确保中止的有效性，它必须非常广泛，适用于针对债务人及其资产的所有补救措施和程序，不管是行政的、司法的还是自助的，而且限制无担保和有担保债权人双方行使强制权，以及限制政府行使优先权。针对债务人的法律程序经常包括在中止的范围内，并且规定如有必要才继续这些程序。在有些国家，雇员针对债务人的诉讼不包括在中止内，但是这些程序产生的任何强制性行动将包括在内。

66. 必须明确规定拟包括在受制于中止类别的债权人。例如，如果任何类别的债权人如优先债权人（包括雇员）、立法留置权持有人、政府求偿人和官员及其各自的代理人 and 雇员不包括在中止的范围内，可取的做法是清楚说明这种除外情况。还可能要考虑其他免除的必要性，例如有关抵消权和财务合同的互抵的免除，将企业作为继续经营的企业出售时一般不需要的资产如现金担保的免除，或为保护公共政策利益或为防止滥用如将破产程序作为从事非法活动挡箭牌所做的免除。

67. 可以从中止的期限、担保品价值的保护和通过使担保债权人在担保品权益得不到充分保护时或出售整个企业或其生产部分不需要担保品时能够解除中止等方面，消除中止对担保债权人权益的任何消极影响。

(二) 重组

68. 在重组程序中，程序的中止可使债务人获得喘息的机会，以重整它的事务并准备制定重组计划和采取确保重组成功所需的其他步骤。这样，中止在重组中比在清算中作用大并

因而更加紧要，而且它能提供重大的刺激，鼓励债务人提起重组程序。上文就清算程序中中止的适用讨论的若干考虑因素也与重组程序相关，例如中止适用的时间，中止是自动适用还是经法院酌定后适用，以及中止在重组程序中的范围。

69. 为保护可用来重组企业的资产，将需要在重组程序正式开启后即对所有债权人实施中止。与清算程序形成对照，某些破产法不将诉讼程序包括在中止范围内。

(b) 临时保护措施/中止适用的时间

70. 关于在清算程序和重组程序两种情况下中止将何时生效产生了一个问题。在许多法域内，提出申请与破产程序开启之间可能有一个间隔时间。在此期间，债务人的资产有可能遭到拆散，债务人可能将资产从企业转走，或债权人可能采取补救行动预先防止以后可能实施的中止的生效。一种做法可以是在债务人提出申请后即适用中止，在债权人申请的情况下，可在程序开启后即适用中止。如果中止在程序开启后即适用，另一种做法可以是允许自提起至开启期间发布保护措施或临时措施。这些可以包括：任命一名初步的破产代表；禁止债务人处置资产；扣押债务人的部分或全部资产；和暂停对债务人强制行使担保权益。在有些法域，债务人在此期间达成的交易无效。由于这些是在裁定已符合开启标准之前提出的临时措施，因此可要求适用的债权人出示证据，说明措施是必要的，在某些情况下是一种契约。

(c) 中止的期限

(一) 未担保债权人 – 清算和重组

71. 在清算和重组两种程序中，许多法律规定在实施程序期间中止适用于未担保债权人。

(二) 担保债权人 – 清算

72. 对于中止适用于担保债权人之事采取不同的做法。有些法律制度将担保债权人排除在中止范围之外，而另一些制度则采取这样的做法，即程序开启后中止即自动适用于担保债权人一个短暂的时期，例如 30 天或 60 天，但担保品对于整个企业出售不是至关重要的情况除外。另一种做法是在实施程序期间将中止范围扩大至担保债权人，但需服从法院的免除令。在中止限于规定期间的情况下，法律可以包括一项规定，即在破产代表能够证明为了尽量提高价值需要延长中止时，即延长适用中止。例如，这可能包括证明，有相当的把握能够将企业或企业的单位作为继续经营的企业出售。为提供补充保护，可能需要法律规定中止可延长的期间的极限。

(三) 担保债权人 – 重组

73. 在重组程序中，可能需要在实施程序期间将中止适用于担保债权人，以确保重组能够有条不紊地进行，而不会在重组最后确定前就分离资产。在特定的担保品对重组不是至关重要的情况下，或在债权人能够证明有其他理由可取消中止的情况下，本项原则可能需要有例外。

(d) 取消中止

74. 在清算和改组两种程序中，都可能产生这样的情况：通过允许取消中止或中止不再适用以使中止免于适用的做法是适当的。为通融这类情况，例如法律可以规定，如果债权人的担保品的价值没有得到保护，它可以申请解除中止。在提供保护不可行或使产业负担过重的情况下，破产代表可主动让与担保品。有这样的法律例子，它们规定可准予未担保债权人免除中止，以便例如允许求偿权在诉讼可能进到深入阶段而且将会有效完成的另一诉讼地裁定，或允许针对债务人的保险人提出求偿权。

75. 在诉讼中，如果断定担保债权人的担保权有效，而且担保的资产对于破产产业没有价值，或者破产代表不能在合理的时期内变现，也可能需要规定允许将担保债权人拥有担保权的资产移交给担保债权人。

(e) 经济价值的保护

76. 旨在处理中止对担保债权人任何负面影响的一组进一步的措施，意在中止期内保护担保求偿权的经济价值（在有些法域称为“适当保护”）。一种做法是保护担保品本身的价值，条件是清算后担保品出售的收益将直接分配给债权人，但以求偿权担保部分的价值为限。除了取消中止外，这可能涉及若干步骤，包括为折旧提供补偿；支付利息；以及担保品使用的保护和补偿。

77. 保护担保债权人权益的另一个做法是保护求偿权担保部分的价值。程序开启后立即估价设定债权的资产，并且根据此种估价确定债权人求偿权的担保部分的价值。在实施整个程序期间，这一价值固定不变，而且在清算后进行分配时，担保债权人获得第一优先求偿权，但以该价值为限。在实施程序期间，担保债权人还可获得求偿权担保部分的合同利率，以对实施程序造成的拖延作出补偿。在有些破产制度中，利息的提供限于担保品的价值超过求偿金额的情况。否则，拖延的补偿耗减可提供给未担保债权人的资产。

78. 可能需要提供指导，以确定对债务人的资产持有某种类型担保权的债权人何时和如

何将有权享有上述类型的保护。虽然可以预计在实行重组程序时担保债权人的担保地位可能略有削弱，但由单一担保债权人或一组担保债权人独自或主要承担责任的做法是不可取的，而且由于重组程序的继续而使全体债权人遭受巨大损害也是不可取的。

2. 摘要 – 程序的中止

79. 中止的适用可以自动或酌定。

(a) 中止适用的时间

80. 在清算和重组两种情况下，中止在下述情况下可适用：

- a. 申请后（在债务人申请的情况下）；
- b. 开启后（在债权人申请的情况下）。

(b) 中止将适用的当事方

(一) 清算

81. 可采取两种不同的做法：

- a. 中止将适用于担保和未担保债权人双方；或
- b. 中止将适用于未担保债权人，但规定可应债权人破产代表的请求适用于担保债权人。

(二) 重组

82. 中止将平等地适用于担保和未担保债权人双方，但需服从免除规定。

(c) 中止的期限

(一) 未担保债权人

83. 在清算和重组两种情况下，中止将在破产程序期间适用。

(二) 担保债权人

84. 在清算中，中止将在有限的期间（30-60 天）适用于担保债权人，但规定可有例外，如在担保品对于整个企业的出售不是至关重要的情况下。

85. 在重组中，中止将在实施程序期间适用于担保债权人，但需服从重组程序不需要担保品的断定。

(d) 中止的免除：清算和重组

86. 如果担保债权人能够证明受到严重损害（例如，担保品的经济价值未得到适当保护），它可以申请取消中止。如果破产代表断定担保品价值的保护不可行或造成过重负担，中止可停止适用。

(e) 经济价值的保护

87. [具体措施待包括。]

C. 合同的处理

1. 一般性评论

88. 不可避免的情况是，在破产程序开启时，债务人将是某项尚未充分履行的合同的当事方。许多破产法有一个共同的特点，即破产代表可以干预这些合同，选择否定和终止这些合同或继续执行（和可能随后转让）这些合同。举个例子，在债务人已同意以破产时市场价格的半价购买某种特定货物的合同中，破产代表继续以低价购进和以市价出售这种货物将显然是有利的。对方将自然希望退出一项现已变得无利可图的协议，但在许多制度中这种做法将是不允许的，不过它可能有权获得一项保证即它将获得合同全价。

89. 如在撤销行动情况下一样（见第三.4 节），破产代表能够干预合同的基本理由是使产业的价值达到最大化。实现这个目标可能涉及利用那些有利和有助于提高价值的合同，拒绝那些造成负担或继续执行的成本超过合同效益的合同。在实现价值最大化时必须兼顾相关的利益，例如某些类型合同如劳动合同引起的社会关切问题，以及破产代表干预未履行合同条款的能力对商业和财政关系的可预测性的效应。对于继续和终止不管采用哪种规定，可取的情况是，任何继续或终止合同的权利限于整个合同，从而避免破产代表可以选择继续合同某些部分而同时终止其他部分的情况。

90. 随着经济发展，它的财富可能越来越多地包含在合同中或为合同所控制，而不是包含在土地上。因此，破产中合同的处理具有压倒一切的重要性。制定这个领域的法律政策有两个总体性的困难。第一个是合同不同于破产产业所有其他的资产，因为它们通常与债务或权利要求相挂钩。这就是说，经常有这样的情况：产业必须履约或付款以便享受可能是有价值资产的权利。结果是，必须要对一项将给产业产生最大价值的合同的处理作出困难的决定。在典型的情况下，由破产代表负责作出这种评价。在有些法域，也要求法院的同意。

91. 第二个困难是合同具有许多不同的类型。它们包括有关销售货物的简单合同；土地或动产的短期或长期租约；以及特许使用权或有关重大设施建设和经营的极其复杂的合同，等等。此外，根据一次合同，债务人可能是买方或卖方，可能是供货方或收货方，而且在破产中提出的问题，在从每方观察时都可能十分不同。共同的解决办法是为所有类型合同提供一般性的规则，然后是某些特殊合同的例外情况，如下文所讨论。

92. 破产方面的合同分为两个财务类别：破产前债务人订立的合同和破产程序开启后订立的合同。在许多法律中，违反破产前的合同引起破产前未担保债权，通常按比例偿付，而违反破产后的合同通常是对现有资金的第一求偿权，因此全额支付，作为破产管理的费用。如果破产代表谋求根据这样一项评价即合同的履行将比违反产生更大净回报以履行破产前的合同，就越过了二者的分界线。这样，如果产业继续履行合同，它就将债务人的合同作为自己的合同，而且在多数制度中规定，以后的任何违反也将是第一优先管理求偿权（见第五.1节）。

93. 有些类型的合同引起社会关注，根据破产法规定，它们可能需要特殊处理。例如，这些包括劳动协议，金融市场交易（见下文……）和有关个人服务的合同，其履行协议的当事方——不论是债务人还是其雇员——的身份特别重要。例如，破产代表终止劳动合同的能力可能因这样的关注而受限制，即可能将清算用作一种手段，以明确取消此种合同给予雇员的保护。一个相关的问题是破产代表可以更改需要特殊处理的那类合同的条款和条件的情况。

(a) 终止

(一) 清算

94. 通常，可取的做法是破产代表有权终止合同双方均未充分履行其义务的合同。可以采用不同的机制以便利终止。一种做法规定，要求破产代表采取行动终止合同。按第二种做法规定，如果破产代表未在所定的时期内选择继续执行合同可将该合同视为自动终止。在此

种合同终止的情况下，对方免于履行合同的其余部分，而且有待确定的唯一严重问题是计算因终止而造成的未担保损害。对方成为未担保债权人，其求偿权等于损害的金额。可能有这样的情况：可取的做法将是在某些类型的合同如租约取消后即适用特殊的补救办法，而无论债务人在租约中是承租人还是出租人。如果债务人是承租人，可对损害设定最高限额，以便长期租约规定的求偿权不压倒其他债权人的求偿权。出租人一般可以通过财产的再出租而减轻损失。如果债务人是出租人，承租人的占用权可能需加保护。

(二) 重组

95. 在重组中，通过允许破产代表在下述情况下拒绝负担沉重的合同就可能增加成功的前景，即如果履约的成本大于可得到的好处，或如在一次未到期的租约的情况下，如果合同费率超过市场费率。

(三) 例外

96. 不管给予破产代表的继续权或终止权有多大，某些合同可能需要例外。终止合同权力的一个重要例外是劳动合同。虽然此类合同与重组特别相关，但在清算中，如果破产代表已在尝试将企业作为继续经营的企业出售，此类合同也与之相关。如果破产代表能够终止负有法律义务的雇用合同，就可能获得较高的售价。为避免将破产程序作为取消雇员保护的手段，有些国家专门限制终止劳动合同的能力。如果债务人是出租人或特许使用权给予人，或如果债务人是知识产权的许可人而且许可证的终止将结束许可证受让人的业务，特别是在对债务人的好处可能相对不大的情况下，对于终止权利的类似限制也可视情况适用于租赁协议的情况。

(b) 继续

(一) 重组

97. 在重组中，如果目标是使企业能够存活而且尽量继续经营它的业务，则继续执行对企业有利而且有助于提高价值的合同的能力可能很紧要。如果破产制度不制定在重组程序提起或开启后限制合同终止条款效力的规则，则重组成功的机会可能受到影响。

98. 初始的问题是审议中的合同是否载有条款规定破产程序的开启构成违约事件，它给予对方无条件的终止权、加速权或其他权利。有些法律维护此类条款的有效性，而且只有对方不选择或能被说服不选择终止或加速履行合同，破产代表才能继续履行合同。如果对方能够终止合同，破产法可提供一种机制，能将它用来说服对方继续履行合同，例如合同规定的

付款给予程序开启后提供的服务的付款以优先权。其他的法律规定，破产代表能够继续执行合同而压制对方的异议，也就是说，因开启破产程序触发而引起终止或加速权的任何违约事件将通过法律的运作而使之无效。

99. 在重组中可使终止条款和加速条款无效的论点包括需要增强企业获利的能力；削弱必要供货方讨价还价的能力；以及为债权人捕获债务人合同的价值；[……]。

100. 不利于否决对方终止合同权的论点可能包括需要防止债务人有选择地履行有利可图的合同并取消其他合同，而这种有利地位却不可为无辜的对方所利用；此种否决规定给互抵造成的效应；这样一种信念，即既然破产企业一般将无能力偿付，拖延合同的终止有可能提高现有的负债水平；知识产权的创造者能够控制此种财产的使用；以及终止一项有关普通无形资产的合同给对方业务产生的效应。

101. 如果破产法规定终止条款可以否决，债权人可能采取先发制人的行动，通过在提出破产程序申请前终止合同以规避此种后果。通过规定破产代表有权恢复此类合同可以减轻此种后果，条件是程序开启前和开启后的义务均要履行。

102. 将继续执行的合同视为企业必须履行的执行中的义务，而且产业的所有合同义务成为程序开启后的义务。若干破产法将破产程序开启后因履行合同而产生的求偿权作为行政管理费处理（见第五.1节），而且给予分配优先权。如果破产代表在协议继续执行后违反它，因违反而受损害的当事方可有权按照适用的非破产法寻求它根据协议应享的权利和补救，并有权获得损害赔偿费，它也可列为行政管理求偿权（而不是未担保的求偿权）。

103. 如果在破产申请时债务人已经违反一项合同，则产生的政策问题是，在破产前已经违约的情况下要求对方与破产债务人打交道是否公正。有些法律规定，作为合同继续的一个条件，破产代表必须弥补合同规定的任何违约，并且例如通过提供一项保证或担保以对今后履约作出保证。

(二) 清算

104. 在清算中，继续维持合同的可取性可能不如在重组中重要，但合同可使企业或某项特定资产增值，并且促进它作为继续营业企业的销售的情况除外。例如在一项租赁协议中，如果租金低于市场价值而且有效执行期还很长，对于任何拟议的企业销售而言，它可能证明是重要的。

105. 有利于在清算中否决终止条款的论点将包括需要使企业保持完整以尽量提高它的

销售价值或增强它的获利潜力；需要削弱必要供货方讨论还价的能力；以及将各方锁定在企业最终处置内的可取性。

(三) 例外

106. 破产代表继续维持合同的权力的例外一般分为两类。就第一类而言，如果破产代表有权否决终止规定，可为诸如短期金融合同等合同（例如互换交易协议和期货协议）规定具体的例外。第二类有关这样一些合同，即不管破产法如何处理终止规定，合同不能继续，因为它规定债务人履行不能替代的个人服务（例如歌剧演唱家）。

(c) 转让

107. 已经继续的合同日后可以按价值转让。在有些破产法中，要求得到对方或所有当事方的同意，而在另一些法律中，破产程序使不得转让条款失去效力。然后破产代表可以为了产业的利益而转让合同。据认为，后一种抉择对有些国家的清算程序具有至重要意义，但在另一些国家，它完全与此无关并被排除在外。

108. 破产代表违反合同条款选择继续维持并转让合同的能力，能对产业并因而能对清算后分配收益的受益人具有重大利益。不过，这种能力显然损害合同对方的合同权利并可能引起损害的问题，在受让人的选择方面如果对方没有或几乎没有发言权，则情况尤其如此。有些法律规定，如果对方不同意转让，破产代表可经法院允许转让，如果能够证明对方不合理地拒绝同意的话。一些允许合同继续和转让的法律要求破产代表向对方证明受让人能够适当地履行合同。

(d) 程序性问题

109. 有些法律允许破产代表就合同继续与否作出断定，而在另一些法律中则要求得到法院的批准。为避免破产程序不必要的拖延，可取的做法是应在规定的时期内作出断定。鉴于破产程序的性质，重组的时限可以比清算的时限长，并提供灵活性，如果延长这个时期将对重组有利的话，可以这样做。在断定未在法律规定的时间内作出或由法院下令（如果在破产代表未能作出断定时合同对方要求法院这样做）的情况下，有些法律包括有缺省规定，例如协议自动终止或由对方选择终止。

110. 在许多法律中，不要求破产代表作出终止通知，但雇用协议和租赁协议（有关不动产）的情况除外。不过，有些法律要求破产代表遵守关于通知的合同要求，不过可以规定在长期租赁的情况下简化这种要求。

111. [抵消]

112. [金融合同和互抵]

2. 摘要 – 合同的处理

(a) 终止

113. 破产代表可在清算和重组程序中终止合同。终止可在下述时间生效：

- a. 破产代表发出终止通知，或
- b. 在规定时期内未作出继续维持的决定的情况下自动终止。

114. 终止引起对因终止而产生的损害的未担保求偿权。

115. 在重组程序中终止规定类型的合同如劳动合同的权利应受限制。

(b) 继续

116. 经法院批准或不经法院批准，破产代表可以继续维持合同，但某些规定的类别除外。如果合同的任何规定具有在破产程序开启后即终止合同的效力，有数种做法：

- a. 破产代表或法院可将该规定视为无效。
- b. 破产法将规定它无效。

117. 破产代表继续维持的合同自破产程序开启后成为产业的义务。

(c) 转让

118. 破产代表可以下述方式转让继续维持的合同：

- a. 将不准转让的规定作为无效处理；
- b. 需经对方[所有当事方]同意；
- c. 在对方[所有当事方]不同意时，法院可批准转让。

D. 撤销行动

1. 一般性评论 – 撤销破产前交易

119. 许多法律将破产程序提起前进行的某些交易视为不公正的交易，或在财政上有害于债务人各利害关系方的权益，特别是如果它们在执行时设想到可能发生破产。一项交易可以经追溯归入这一类别——这就是说，它可以是一项在正常情况下将被视为无法律过错的交易，但从日后破产的角度看则被视为是有害的。如下文所讨论的那样，在这一领域，必须仔细地权衡相竞的社会利得，例如如何兼顾赋予强大权力以便为了全体债权人的利益而尽量提高产业价值做法的价值与对合同可预测性和确定性的可能损害。在经过权衡看出特定的交易有害时，它可能变得“可依法撤销”，这就是说，可以将它处理为无法律效力，以便可由破产代表为了各利害当事方普遍的利益而收回债务人已经转让的财产或其价值。

120. 破产程序可能在债务人首次意识到此种后果不能避免后经过很长时间才开始。在此间隔期内，债务人可以有许多机会设法藏匿资产而不让债权人了解，产生人为的债务，向亲友作出捐赠，或向某些债权人付款而将其他人排除在外。从最终的破产程序的角度看，此类活动的结果不利于一般的未担保债权人，它们不是此类行动的当事方而且得不到担保权的保护，此类活动也会损害全体债权人待遇平等的目标。撤销权的一个首要目标是，确保各债权人按照既定的偿付优先次序获得破产债务人资产的公正分配。

121. 采取不同的做法处理撤销规定。一种做法强调依靠普遍化的客观标准来断定交易是否可以撤销。例如，问题可能是交易是否在程序开启前规定的时期内发生，或者转让或交易是否包含法律规定的任何一般特点（例如，要求提供适当的价值）。虽然普遍化的标准适用起来可能简单，但如果单靠它们，可能会得到任意的结果，从而可能使属于规定时期内的合法和有益的交易无效，而属于规定时期外的欺诈性交易或优惠交易可能受到保护。另一种做法强调各案特定的主观标准，例如是否有证据表明有意背着债权人藏匿资产，在进行交易时债务人是否破产，以及对方是否知道破产。采用一种均衡的做法将每种做法的要素结合起来，可以尽量缩小严格普遍化做法的不可取的方面。

122. 大多数法律制度发现四类常见的可撤销交易。它们是：旨在欺诈债权人的转让；低估价值的转让；向某些债权人的优惠偿付；以及无效的担保权益。有些交易可能具有其中一个以上不同类别的特点，依据每项合同的个别情况而定。例如，似乎是优惠的交易更可能是欺诈性的交易，如果此类交易发生在债务人接近破产时，或如果它们留给债务人的资产不足以开展它的业务时便是如此。就每个类别而言，如果受让人——接受财产的人——无辜，获得了价值，而且对紧要的事实真相并不知情，是否能要求他归还财产，各种法律制度的处

理方法互不一样。有些制度允许受让人进行此种辩护，而另一些制度则要求归还财产而不管情况如何，不过对于受让人实际给出的任何价值给予某种保护。

123. 头三类可撤销的交易可因几种理由予以撤销，其中包括：

- (一) 防止欺诈（例如，为了债务人以后的利益转让资产将其隐藏起来）；
- (二) 防止偏袒，即债务人希望使某些债权人得利而牺牲其他债权人的利益；
- (三) 防止赶在实施法院监督之前造成公司价值突然损失；
- (四) 为法院外解决建立的一个框架——债权人将会知道资产的最后一刻的转让或占有可被宣告无效，因此将更可能与债务人合作，以在法院不介入的情况下达成可能的解决方案。

124. 第四类交易即无效担保权益的可撤销性，只是在破产背景下强制执行关于此类权益的规则而已。因此，例如要求某些类别担保进行公共登记的制度可以规定，如果不作登记，在破产程序中，担保是不可强制执行的或是无效的。适用的政策是法律中制定的允许将担保给予债权人的政策。另一方面，这些法律规定有效的某种担保权益，在破产中可根据上文所列的头三个标题之一予以撤销。例如，在破产前不久给予担保权益虽在一般情况下是有效的，但可被裁定为不公正优惠某个债权人而牺牲其他债权人的利益。

(a) 欺诈性交易

125. 欺诈性交易指债务人的管理部门通过背着债权人将资产转让给任何第三方，意在欺诈债权人或挫败或拖延收取求偿款的努力而作出的交易。许多破产法不限制这些交易必须发生的时期以便加以撤销。

(b) 价值低估的交易

126. 如果由于向任何第三方转让的结果，债务人收到的价值或是微不足道的，或是大大低于所转让资产的实际价值，则交易可以撤销。有些法律还要求作出裁定，即债务人在作出转让时已经破产，或由于转让而破产。

(c) 优惠转让

127. 优惠转让一般指违反平等原则的支付，在提起破产程序前的过渡期内给予某些债

权人和第三方以超过其他债权人的优惠而使后者可能得不到付款。如果转让是在提起破产程序的申请前界定的期间(“存疑期”)内由于欠债而向债权人作出的,而且由于此种转让债权人得到的债务人资产将超过它按比例依法得到的份额,则这种交易可以撤销。许多国家还要求提供证据说明交易发生时已破产或接近破产。另一类优惠交易可能包括在提起破产程序的申请后但在程序开启前所作的转让,除非交易经破产法条款核准。

128. 赠予可能带有欺诈性,也可能完全是无辜的,但任何一种情况对债权人都可能不公平,因此可以撤销。在破产程序提起前的短时间内发生的抵销可视为具有损害性并可撤销。(见第三.4节)。

129. [在破产程序提起后发生的未经授权的交易;存疑期内预付款的撤销;与正常商业惯例严重不一致的交易。]

(d) 存疑期的确定

130. 有些破产法明确规定存疑期(例如,破产程序开启前多少天或多少月),在此期间上述每种交易都可撤销。在其他法律中,由法院在程序开启后追溯性地确定存疑期。在这些法律中,法院的裁决经常基于债务人何时停止以正常方式还债(“停止偿付”)的认定。[讨论每种做法的优点]。有些制度可能为所有可撤销交易类型只规定一个存疑期,而另一些法律则有不同的存疑期,取决于各种因素如对债权人的伤害否是有意,受让人是否为内部人员(即与债务人或其债权人有着密切公司关系或家庭关系的人)等。由于欺诈性交易牵涉故意的不法行为,往往确定许多存疑期,时间可能从1年至6年不等。在优惠交易涉及不是内部人员的债权人的情况下,存疑期可能较短,也许不超过数月。如果涉及债务人的内部人员,则许多国家采取这样的方针,即适用更严格的规则,包括延长存疑期和转移举证责任。例如,向内部人员价值低估的转让可予撤销,尽管债务人在此种转让时并未破产,也未由于此种转让而破产。

(e) 受让人的责任

131. 关于上述交易类别中的每种交易,产生了受让人是否可以免责和废止转让是否可取的问题。在作此种决定时可能需要对每种交易作不同的考虑,并将涉及兼顾各种要求,如在难以证明动机和知情的情况下对无辜当事方是否公正,以及在不考虑受让人心态情况下给债权人造成了多大损害。例如,在欺诈性交易的情况下,受让人支付适当价值和债务人欺诈债权人的实际意向知情的程度将是相关的。在价值低估的转让的情况下,受让人是否为内部人员和他对于债务人实际或即将面临破产或者债务人可能由于这种转让而破产是否知情

的问题将是相关的。

132. 关于撤销优惠交易的行动，可采取不同的做法。一种做法规定，如果债权受让人抱着诚意行事而且对于债务人在转让时已破产或由于这种转让而陷入破产之事并不知情，则债权人无责任，转让不废止。另一种做法提供同样的结果，其中债务人的转让与债权人求偿权的设定基本同时，随后提供价值，或在正常的业务过程中发生。

(f) 无效和可撤销的交易

133. 在某项交易属于其中任何类别的情况下，破产法将或者使之自动无效，或者使之可予撤销。在交易可予撤销的那些法律中，要求破产代表断定交易的撤销是否有利于产业，其中考虑到收回所涉资产的价值方面的迟延或诉讼的可能成本。这种斟酌一般将受制于破产代表尽量提高产业价值的义务，而且它可能对未能这样做而负责。如果破产代表不采取行动撤销某些交易，则有些破产法允许债权人或债权人委员会采取行动要求破产代表采取撤销行动，如果这样做看起来有利于产业的话。其他的法律也允许债权人本身或债权人委员会开始采取行动撤销这些交易。在允许这后一种行动的情况下，有些法律规定将债权人收回的资产或价值作为产业的组成部分处理；在其他的情况下，不论收回什么都可用来满足采取行动的债权人的求偿权。

(g) 证据问题

134. 破产法采取不同的做法确定撤销行动的要素。在有些法律中，要求债务人证明交易不属于任何可撤销类别的交易。在其他的法律中，要求质疑交易的债权人或其他人员如破产代表证明撤销行动的每个要素都存在。破产代表除非通过外部迹象、客观现象或此种意向的其他间接证据，否则难以确定债务人欺诈债权人的实际意向，在此情况下，有些法律允许转移举证责任。在这些法律中，确定债务人无辜动机的责任转移给受让人。

2. 摘要 – 撤销

[.....]

四、程序的管理

A. 债务人的权利和义务

1. 一般性评论

(a) 债务人管理部门的控制

(一) 清算

135. 清算程序一旦开启，产业的维护要求采取综合措施保护产业，使之既不受债权人行动的影响，也不受债务人的管理人或所有人的影响。因此，许多破产法剥夺债务人管理部门或所有人管理和经营企业的所有权利，并且任命一名破产代表承担被剥夺的所有职责。这其中可能包括代表产业提起诉讼并为之辩护的权利，以及收取针对债务人的所有付款的权利。在清算程序开启后，债务人采取的有害于产业的任何行动通常都将无效。

136. 在断定清算产业的最有效手段是将企业作为有生存能力的企业出售的情况下，有些法律规定破产代表有权允许债务人的管理人或所有人保留某种控制权，以便利在破产代表的监管下出售资产和企业。此种做法规定，破产代表可对债务人在其控制期间的不法行动承担责任。

(二) 重组

137. 在重组程序的情况下，对于在多大程度上撤换债务人最为合适和是否可让债务人的管理部门继续发挥作用，做法互不一致。在许多情况下，尽管债务人的管理部门对企业财政困难负有责任，但它对债务人的企业有着直接和深入的了解。这种了解可为管理部门在作出短期管理决定方面继续发挥作用提供基础。由于类似的原因，债务人的管理部门经常有充分的资格提出重组计划供债权人和法院审批。在此种情况下，尽管债务人的管理部门在造成债务人的财政困难方面发挥了不好的作用，但完全撤换它可能消除债务人及早开启重组程序的积极性，并可能损害重组成功的机会。

138. 有不同的办法可以兼顾这些考虑因素。一种做法将是在债务人与破产代表之间建立一种共管安排，由后者监督债务人的活动和批准大宗交易，而由债务人继续负责企业的日常经营。这种做法可能需要得到较为严密的规则支持，以确保破产代表与债务人的责任划分明晰，并确保重组工作如何进行具有确定性。不过，如有证据表明资产严重管理不善或滥用资产或重组的目标不再现实，适当的做法可能是由法院主动或应破产代表或也许是债权人或

债权人委员会的动议撤换债务人的管理人或所有人。如将权力给予债权人或债权人委员会，就可能需要有保护规定，这将防止寻求挫败重组程序或获得不当影响手段的债权人可能的滥用行为。例如通过要求获得适当多数债权人的赞成票然后才能谋求这种补救，就能实现这一目的。

139. 极少数破产法使用的另一种做法，是使债务人能对企业的业务经营保持充分的控制权，其结果是一旦破产程序开始法院不指定独立的代表(称为“占有债务人”)。从企业重组成功的机会看，这种做法可能有其优点，但也可能存在弊端。这些弊端可能包括将过程用于显然不可能获得成功结果的场合，即将此过程用来延迟不可避免的事态，其结果是资产继续散失，而且管理部门在控制期间可能做事不负责和甚至搞欺诈活动，从而破坏重组计划及债权人的信心。下述办法可减轻这些困难：采取某些保护措施如任命一名破产代表监督债务人，或建立一项机制允许法院(或者主动或者应债权人的申请)将程序转换至清算程序，以及让债权人在监督或监管债务人方面发挥重要的作用。尽管如此，这种做法非常复杂，它影响破产制度的若干不同方面，并要求作细微的考虑。

140. 为协助债务人履行职责，有些法律允许债务人聘用各种专业人员如会计师、律师、评估员和其他可能所需的专业人员，但需经核准。在有些法律中，此种核准由破产代表作出，在其他法律中，则由法院或债权人作出。

(b) 信息的提供

141. 为使法院、债权人和受影响当事方能够合理评价债务人眼前的流动性需要和新的融资的可取性；企业的业务前景和长远生存能力；以及管理部门是否有资格继续领导企业，它们将需要掌握债务人能够提供的关于企业的信息。为满足这两类破产程序情况下的此种需要，特别是满足在重组程序中的此种需要，可取的做法是债务人继续履行以某种详细度披露关于其业务和财务状况信息的义务。为确保提供的信息能用于这些目的，信息必须是当前的，因此应在程序开启后尽早提供。如果债务人不是自然人，信息可由债务人的职员和其他相关第三方提供给破产代表。备选的做法是要求一名或多名董事派代表出席和自己出席债权人的主要会议解答问题，但在董事不位于债权人会议可能举行的地点因而不能实际出席的情况除外。有关的信息将经常具有商业敏感性，因此可取的做法是破产法包括保护秘密信息的规定。在信息被扣住不发的情况下，可能需要某种机制强迫提供相关信息。这可采取对债务人“公开审查”的形式，或遵循一些国家的惯例，进行刑事制裁。

142. 为便利债务人提供信息，有些法律编制了标准化的信息目录列出所需的具体信息。这些表格应由债务人填写(提供虚假或误导信息应受相应的制裁)或由独立人士或管理人填

写。

2. 摘要 – 债务人的权利和义务

[……]

B. 破产代表的权利和义务

1. 一般性评论

143. 破产代表在法律的有效执行中发挥核心作用。如为法院指定的官员，许多法律规定，破产代表负有义务确保有效和公正的适用法律。由于破产代表通常掌握的关于债务人情况的信息最多，因此最能作出明智的决定。这并不是说破产代表是法院的替身：将由有关法院的法院裁决破产代表与有关当事方之间的争端。即使在破产程序中法院作用受限制的国家，对通常授予破产代表的权限也有限制。

(a) 破产代表的选择和任命

144. 在有些法域，由法院选择、任命和监督破产代表。而在另一些法域，则经法院指示后，由一个单独的办事处或机构选择破产代表，而且该机构负责所有破产代表的一般管理工作。第三种做法允许债权人发挥某种作用，推荐和选择破产代表以供任命，条件是此人符合特定情况下从事此项工作的资格。虽然后一些做法可能有助于避免偏颇的概念，但它仍可能具有需要追加资源和基础设施的不利之处。

(b) 资格

145. 破产代表可从若干不同的背景甄选，例如实业界、专业化政府机构的雇员或合格人员组成的私人团体。一个相关的问题是破产代表是否必须是自然人，或法人是否也有任职资格。不管怎样任命，许多破产程序的复杂性使得破产代表需要懂得法律，办事公正和具有商业和金融事务方面的适当经验。如果需要专业知识，则始终可由聘任的专家提供。如果某人因与债务人、债权人或法院成员具有事先关系而产生利益冲突，在有些国家可能足以使此人无资格担任破产代表。

(c) 注意的责任

146. 破产代表采用的注意的标准及其个人责任对于破产程序的进行具有重要意义。破产代表充当受托人履行它的职责，负有忠诚于产业和本案各当事方的一般职责。因此，破产

代表可能得对这些职责的违反负责。确定所欠注意、尽心和技能的衡量尺度需要一项标准，它将考虑到破产代表在履行职责时遇到的困难处境，例如过失的标准。有些破产法要求破产代表交存一笔履约保证金或提供防止违反职责的保险。在由于破产代表的代理人和雇员的过失、无能或不诚实而使产业受到损失时，有些法律规定破产代表不负个人责任，除非他未能以恰当程度的注意来履行其职责。[向工作组说明：有无其他方法处理破产代表的责任?]

147. 有些破产法要求，需经法院核准破产代表才能保留会计师、律师、评估人员和可能需要的其他专业人员以协助破产代表履行其职责。其他法律则不要求法院核准。关于这些专业人员的报酬，有些法律要求向法院申请并经其批准，而另一种做法可以是要求获得债权人机构的批准。专业人员的报酬可在实施程序期间定期支付，或可能要求等到程序结束后再付。

(d) 更替或解职

148. 万一破产代表死亡或辞职，则通过规定任命一位继任破产代表，就可避免程序的中断和未能作出继任规定可能造成的拖延。有些破产法允许在某些情况下解除破产代表的任命。其中可能包括破产代表违反或未能履行破产制度规定的法定职责，或表现出严重缺乏能力或严重失职。不同的做法规定，解职可依据法院自行或应有关当事方的要求作出的决定，或依据适当多数未担保债权人作出的决定进行。

2. 摘要 – 破产代表的权利和义务

[……]

C. 债权人的求偿权

1. 一般性评论

149. 在破产程序中，求偿权在两个层次运作——为了确定哪些债权人可以投票表决和如何可以表决（按照他们所属的债权人等级），以及为了分配。对于可提出的求偿权的类型，各种法律互不相同。在有些法律中，区分担保与未担保债权。担保债权人一般不提出求偿权，除非他交出担保权或担保不足（即求偿权的价值超过担保品的价值），而且希望索偿未担保部分（它可能是一项临时求偿权）。有些法律规定，由于公共政策原因，某些求偿权不予承认，例如国外收益求偿权，根据欺诈、罚款和处罚获得的判决，以及赌债。

(a) 求偿权的提出

150. 可利用不同的机制来提出求偿权。许多国家的法律规定债权人负责出示求偿权的证据供破产代表审查。有些法律规定，作为第一步，应由法院或债务人编制债权人和求偿权清单。一旦清单编制出来，就可请债权人向破产代表提出求偿要求。由债务人编制此种清单可以利用债务人对他的债权人及其求偿权的了解，使破产代表及早掌握企业的状况。债权人提出求偿权和随后由破产代表进行核实，往往能保证进行恰当的分配。

(b) 临时求偿权

151. 债权人的求偿权可分两类：金额确定的求偿权和债务人所欠的金额未加确定或目前不能确定的求偿权。此类求偿权属于合同性或侵权性两种情况，而且都可能产生于担保和未担保债权。在需向破产代表提出求偿权时求偿金额不能弄清或尚未弄清的情况下，许多法律规定可临时提出求偿权或给予一个临时价值。临时求偿权的承认引起若干问题。这些涉及求偿权的估价和进行此种估价的当事方；临时债权人就重要问题进行的表决，如确定本案为清算案还是重组案或重组计划的批准；以及作为少数债权人，他们能否受他们未予同意的计划约束（见第四.6 节“重组计划”）。

(c) 求偿权的核实

152. 虽然多数法律规定由破产代表核实债权人的求偿权，但有些法律不要求核实，除非某项求偿权受到质疑。核实不仅涉及评估求偿权的基本合法性和金额，而且涉及确定为了表决和分配的目的一项求偿权适合列入哪一类（例如是列入担保债权还是未担保债权；是列入开启前求偿权还是开启后求偿权）。

(d) 程序性问题

(一) 对债权人的通知

153. 多数法律规定，所有已认定和可认定的债权人都有权得到已提出的求偿权的通知。此种通知可发给个人或刊登在适当的商业性出版物上。另可要求破产代表编制一份求偿权清单——[承认的][批准的]和有争议的求偿权都包括在内——并向法院或其他行政机构备案，以便利向未知的债权人通知和提供关于有争议求偿权[承认][批准]或拒绝的进展情况的最新信息。

(二) 提出求偿权的要求

154. 为确保及时提出求偿权和破产程序不至于不必要地延长，向破产代表提出求偿权的最后期限可能是有益的。如果债权人未能遵守最后期限，可以不同方式对待他们。这可能包括不让领取股息或得不到分配，或将他们的资产分配的参与权限于求偿权核实后余下的那些资产。

155. 根据某些法律规定，破产代表有权核实求偿权，如果发生争议，它们应由法院解决。其他的法律规定将由法院核实所有的求偿权并解决争议。有些法律只允许破产代表对求偿权提出异议，而其他的法律允许其他有关当事方包括债权人质疑求偿权。在出现这种情况时，解决的方式之一可以是规定在由破产代表或法院编制债权人求偿清单后，在债权人大会上对此清单作最后审查。如果就求偿权发生争议，不论是在债权人与破产代表之间，还是在破产代表与债务人之间，包括有关担保品或担保权利的争议，都十分需要有一种快速解决机制，以确保破产程序有效和有序地进行。如果有争议的求偿权不能快速有效地处理解决，质疑求偿权的能力可能被用来挫败破产程序并造成不必要的迟延。

2. 摘要 – 债权人的求偿权

[……]

D. 债权人委员会

1. 一般性评论

156. 一旦破产程序开启，债权人同企业就有了重大的利害关系。作为一项一般的提议，通过任命破产代表来保障这些债权人权益。不过，也可给予债权人以清算和重组中一些关键领域的决策权。例如，在有些法律中，他们有权辞退破产代表，在清算中批准企业的不公开出售，提出和批准重组计划，以及要求或建议法院采取行动，例如将重组转换至清算等。在破产过程中让债权人发挥作用有多个原因。作为与破产程序结果有着主要利害关系的当事方，如果一个过程中的关键决定由被认为在经验、专门知识或独立性方面有限的个人作出，他们就可能对此失去信心。此外，债权人经常最能够监督破产代表的行动，从而阻止欺诈、滥用和过高的管理成本。

157. 在有大量债权人的情况下，组成一个债权人委员会能够提供一种机制，便利债权人介入案件的管理，不论它是清算程序还是重组程序。可以任命债权人委员会以履行多种任务，包括监测案件的进展，与程序的其他当事人协商，特别是破产代表和债务人的现有管理

部门，以及就债权人团体的愿望向破产代表提供咨询意见。委员会的职责将面对全体债权人。作为一个代表机构，它对破产企业的所有人将不负任何责任或受托职责。

(a) 债权人介入决策过程

158. 债权人介入破产程序决策过程的程度可能有所不同。在有些制度中，破产代表对于无争议的一般管理问题和清算问题作出所有重要决定，而债权人仅起很小的作用，而且影响甚微。如果事情由有经验的破产代表料理，这种做法可能非常有效率，因为它避免了管理债权人参与所涉的拖延。如果破产制度对于过程及其参与者已经有了很高程度的管理，这种做法可予支持。限制债权人参与的有些做法区分清算与重组，只允许债权人参与决定是否进行清算或重组及是否就重组计划进行表决。

159. 其他做法向债权人提供更大的程序参与权。有些法律规定，在清算程序中，债权人可以选择和更换破产代表，批准破产代表临时继续经营企业及批准资产的非公开出售。在重组程序中，他们在程序中发挥至关重要的作用，充当检查企业活动（特别是在制度允许债务人在程序开始继续占有的情况下）和破产代表活动的主要环节，以及提出和批准重组计划。他们还可发挥作用要求或建议法院采取行动，例如包括将重组转为清算的建议。

(b) 代表债权人

160. 可以采取不同的做法组成债权人委员会。在有些制度中，虽然债权人委员会一般将只代表未担保债权人，但人们认识到在有的情况下可能有正当理由建立担保债权人的单独的委员会。这些制度将这种做法基于这样一个事实，即不同类型债权人的利益并不始终趋于会合，而且担保债权人能够参与和潜在影响委员会决定的结果，不一定始终合适并符合其他债权人的最大利益。其他制度规定两种债权人参加同一委员会。根据这些制度，将担保债权人排斥在委员会之外被视为将他们有效地排斥在重要决策的参与范围之外。企业股东的参与可能引起争论，特别是如果债权人委员会有权影响担保债权人的权利或如果他们介入债务人的管理的话。

(c) 债权人委员会的组成

161. 如果法律规定组成债权人委员会，则它也经常规定委员会组成方式的细则，委员会职责的范围和程度，它的管理和运作，包括表决资格和权力，会议法定人数和会议的进行，以及委员的更换和取代等。一个进一步的问题是，要有一个不仅听取债权人委员会的意见，也听取所有债权人意见的环境，以及如何获取这种意见。

162. 为便利委员会的管理和监督，有些破产法具体规定委员会的人数，它最好是奇数，以便确保实现多数票。委员会的成员可限于最大的未担保债权人，他们是全体债权人的代表。认定这些债权人的方法有多种，包括要求债务人的管理者编制一份债务人的最大债权人清单。为确保债权人待遇平等，诸如求偿权尚未获得批准的债权人和外国债权人等类别的债权人，可以有资格获得任命进入委员会。

163. 委员会的代表可以多种方法任命或甄选。一种做法是由破产代表任命委员会的代表。或者经破产代表同意或依照法律规定，可由债权人在债权人首次会议上选择委员会的成员。另一种做法是由法院或某个其他授权机构任命债权人委员会。为了确保委员会履行它公平代表未担保债权人的职责，可能需要对委员会进行监督，此项工作可由破产代表负责。

(d) 债权人委员会的职责

164. 委员会可以履行多种职能，包括定期会晤破产代表了解案件包括出售重要资产建议的进展情况，经营债务人企业的部分或全部业务，以及提起、放弃或解决重大的诉讼；审查求偿权；以及代表未担保债权人谈判重组建议。为履行它的职能，委员会可要求提供管理和专家援助。法律可规定委员会要求破产代表允许聘用秘书，而且如果情况需要，聘用顾问和专业人员，费用由破产产业负担。

(e) 债权人的表决

165. 如果拟在破产程序过程中采取的行动将对债权人群体具有重大影响，可取的做法是所有债权人均有权获得这些行动的通知并对其进行表决。对于如何进行这种表决，可以采取若干不同的做法，这取决于待表决事项的性质。有些法律规定在债权人会议上进行表决，而另一些法律则规定，在所涉及的债权人数量大或债权人不是当地居民的情况下，可通过邮件或代理人进行表决。

166. 对于约束债权人所需的表决类型，采取不同的做法。有些法律规定，实际参加表决的求偿权价值的绝对多数的表决，足以对所有债权人具有约束力，其中绝大多数所需要的比例可能是四分之三或三分之二。在其他的实例中，法律规定有些问题如破产代表的选举或解职等简单多数就够了。在有些法律中，担保债权人将只参加规定问题的表决如破产代表的甄选和影响其担保品的事项。

2. 摘要 – 债权人委员会

[.....]

E. 开启后融资

1. 一般性评论

167. 企业的继续经营对重组至关重要。为便利这种继续经营，重要的是破产代表[或债务人]能够获得信贷，以支付紧要的货物和服务的供应并维持业务活动。破产法能够承认此种程序开启后放款，提供相关授权并为偿还放款人建立优先权的必要性。中心问题是权力范围，特别是破产代表作为获得信贷的手段能够给予潜在债权人的诱因。如果采用的解决办法影响现有担保债权的权利，或影响在资产中持有权益的时间上优先的债权人的权利，可取的做法是关于开启前融资的规定兼顾维护商业交易合同的一般需要和保护债权人权利和优先权的需要。

168. 许多法律规定，破产代表可以不经法院或债权人的批准获取未担保信贷，而其他的法律则要求在某些情况下需得到法院或债权人的批准。通过给予未设定债权的财产的担保权益或设定债权的财产的第二优先担保权益，也可获得信贷。如果这些诱因力度不够或不可利用，可以采取若干不同的做法获得必要的信贷。从程序开启前放款人自己的担保权对任何时间上稍后的担保权拥有优先权的角度看，在为了保证开启后放款而给予的担保权中，开启前放款人将具有关键的权益。在有些破产制度中，程序开启后放款给企业的当事方有权享受偿还优先权，排在所有债权人之前。此种优先权实际上是整个产业和资产的额外负担。另一种优先形式是行政管理优先（见第五.1 节“分配优先权”），它给予的偿还权优先于一般未担保债权人，但对于担保债权人的担保品不优先。中间的做法允许放款人和预先提供货物的人取得债务人的担保和未担保资产的担保权益。有些国家还允许破产代表给予“超级”行政管理优先权，即排在其他行政管理债权人之前的优先权。极端的做法是允许准予的“超级”优先担保权益高于所有现有的担保权。在有些法律制度中，所有这些抉择方案都可利用。有些法律规定破产代表可以批准此种优先权，而在另一些法律中，某些形式的优先权需要法院或债权人的批准。

2. 摘要 – 开启后融资

[……]

F. 重组计划

1. 一般性评论

169. 破产法在拟订重组计划的范围内处理若干问题，例如计划何时制定；谁能制定计

划；应将什么内容列入计划；以及计划应如何批准和计划的生效。

(a) 计划的制定

170. 有些法律采用这样的做法，即重组计划构成重组程序申请的组成部分（在申请可能叫作重组的“建议”时），而其他法律则规定在重组程序开启后制定计划。

171. 重组程序的不同参与者可以制定重组计划。有些破产法要求债务人制定重组计划。这种做法的优点是可以鼓励债务人利用重组程序，并最有效地利用债务人熟悉其业务和了解再次搞活企业所需的步骤这种优势。可使这种机会成为独家的机会或在规定时期内的独家机会，而且法院有权延长这个时期，如果这样做将有利于重组程序的话。

172. 由于只有经债权人必要多数批准计划才将获得成功，所以始终存在着这样的风险：如果债务人提出的计划不能获得接受，重组就会告吹。例如，债权人可能只想批准剥夺债务人股东在企业中的控股权益而且还可能剥夺在职管理部门任何管理责任的计划。如果债务人获得独家机会制定计划而且拒绝考虑这种安排，重组就有失败的危险，使债权人、雇员和企业三方都受害。为消除此种忧虑，有些破产法规定，如果债务人不能提供一项可接受的计划，在独家期间结束时则将制定计划的机会给债权人。通过债权人委员会（见第四.4节“债权人委员会”）就能做到这一点。这种抉择方案可以提供一个参与方（债权人）说服另一参与方（债务人）作出妥协所需的手段。

173. 再有一个做法将是给破产代表一个机会以制定计划，作为债务人或债权人制定的计划的备选方案，或者作为补充。规定破产代表或债权人参与的重要性取决于法律的设计方案。在债权人必要多数的批准是计划生效的必要条件的情况下，一项顾及到将为债权人可以接受的建议的计划，其获得批准的机会大于不顾及此种建议的计划。如果法律规定不需要债权人的批准或此种批准可为法院否决，则这种考虑将不适用。如果给若干方机会参与计划的制定，同时制定多项计划可使过程复杂性，不过它也可能促进制定一项可以共同接受的计划。

174. 有些法律规定由法院考虑第三方对计划提出的意见，例如政府机构和工会。由于此种程序有可能延长计划制定过程的持续时间，故只有受到仔细监测而且规定时限才可取。

(b) 内容

175. 多数国家的法律要求重组计划向所有当事方适当和明确披露关于企业财务状况和计划提出者建议的法定权利转变的信息。计划应列入什么内容的问题与计划的批准和生效的问题密切相关。如果计划能获批准并强加于反对该计划的债权人，就可能需要确保计划的内

容为这些反对的债权人提供适当的保护。

176. 计划的内容也引起与其他法律相关的问题。例如，如果国家公司法禁止债转股，规定此种转换的计划就不能获得批准。由于债转股可以是重组的一个重要特点，如果要将此种规定列入计划并获得批准，就将需要消除禁令。同样，如果计划限于债务免除或延长期满日期，就可能得不到债权人的适当支持以使它获得成功。有些破产案引起了破产法与其他法律之间类似简单和无争议的关系问题。其他的案件可能引起更复杂的问题。这些可能包括对外国投资的限制，特别是在许多债权人为非居民的情况下，并且包括有关劳动法规定的雇员待遇，例如，在重组可能引起修改集体谈判协议的情况下。

(c) 计划的批准和生效

177. 制定关于计划批准和生效的法律要求兼顾若干相竞的考虑。一方面，可取的做法可能是提供一种将一项商定的计划强加于少数反对的债权人的方法，以便增加重组成功的机会。另一方面，如果批准程序导致未经债权人同意给他们的求偿权造成重大损害，就有可能存在损害债权人今后提供信贷的意愿的风险。

(一) 担保和优先债权

178. 对于担保和优先债权人批准计划，可以采取不同的做法。在许多情况下，担保债权在债务人所欠的债务价值中占了很大部分。根据一种做法，如果法律确保获准的计划将不禁止担保债权人行使其权利，一般就无必要向这些债权人提供表决权，因为他们的权益并不受计划损害。在这种做法之下，优先债权人处于类似的地位——计划不能损害他们求偿权的价值，而且他们有权获得全额偿付。这种做法的不利之处是它可能减少重组成功的机会，特别是在担保求偿权的资产与计划的成功息息相关的情况下——如果担保债权人选择行使其权利，就可能使计划无法实施。同样，计划可以规定，为使计划获得成功，优先债权人得到的求偿权的价值不是全额。

179. 为解决其中的一些困难，可以允许担保和优先债权人作为单独的级别就本将会损害其求偿权价值的计划进行表决。这些级别的建立承认了这些债权人各自的权利和权益不同于未担保债权人的权利和权益。如果要从担保级和优先级这两类债权人获得多数支持，他们将受计划条款的约束。在这些情况下，法律一般要求反对的债权人有权获得的价值至少与他们在清算情况下将获得的一样多。

(二) 一般未担保债权人

180. 即使不允许担保债权人或优先债权人参加表决，可取的做法仍是一般未担保债权人拥有表决计划的有效手段。这可以利用不同的机制。

181. 多数。有些法律确定所需的一般未担保债权人最低的支持起点，以便使计划对这些债权人具有约束力，并且确定用来决定这种支持的表决程序。一个重要的问题是计算票数使用的方式，不论是只依据支持计划的债务价值的百分比还是也依据支持计划的债权人的人数。例如，有些法律要求计划应得到债务价值三分之二和债权人数目一半的支持。也利用其他的组合方案。虽然这种程序增加了获得批准的难度，但基于它保护破产程序的集体性，可以证明它具有正当的理由。例如，如果单个债权人持有价值的绝大多数，这种规则就将防止该债权人将计划强加于所有其他的债权人而违背他们的意愿。

182. 关于表决程序，许多国家采取依据实际参加表决人数计算支持百分比的做法。人们将缺席者视为对破产程序没有什么兴趣。此种做法要求有适当的通知规定及其有效的贯彻执行，特别是在债权人非居民的情况下。

183. 等级。为担保债权人和优先债权人确立等级的部分国家还规定将未担保债权人划分为不同的等级。这些等级的确立旨在至少在三个方面增加重组成功的前景，即通过提供一个有用的手段确定未担保债权人大小不等的经济权益；提供一个框架确定计划的条款；以及提供一种手段让法院利用一个等级的必要多数支持，以使计划对不支持该计划的其他等级具有约束力。

184. “强加”权。规定由担保和优先债权人表决并规定确立未担保债权人等级的少数国家还有一项机制，它使一个级别的支持能使计划对其他级别具有约束力（包括担保债权人和优先债权人级别）而不经他们同意。有人常将此称为“强加”规定。等级的建立和此类规则的适用，使破产法及其由破产代表和法院的适用都复杂化了，而且例如可能要求对经济问题行使很大的酌处权，例如由法院根据未担保债权人的经济权益对其归类。这种酌处权如不以明智、独立和可预测的方式行使，就有可能损害债权人的信心。

185. 股东。有些法律规定由债务人企业的股东批准计划，至少是在公司形式、资本结构或成员组成将受计划影响的情况下。此外，如果债务人的管理部门提出计划，计划的条款可能已经得到股东批准（依据有关的企业而定，企业的组成文书可能要求这样做）。如果计划直接影响股东，例如规定通过转让现有股份或发行新股实施债转股，就经常是这种情况。

186. 在法律允许债权人或破产代表提出计划而且该计划设想债转股的情况下，有些国

家允许计划在不顾股东反对的情况下获得批准，而不管企业组成文书的条款如何。此类计划可能导致现有股东未经同意就被完全置换。

187. 法院批准。如果一项计划已获债权人的必要多数通过，通常可以预期法院将会批准它。许多国家使法院能够发挥积极的作用，通过使该计划可对未批准计划的一类债权人强制执行而“约束住”债权人。反之亦然，在计划已获债权人必要多数批准的情况下，法院通常将有权基于下述理由拒绝该计划，即反对该计划的债权人的利益未得到适当保护（例如，因为他们得到的不像在清算中将会得到的那样多），或有证据表明批准过程中出现欺诈行为。

188. 有些法律也使法院有权基于计划不可行的理由拒绝计划。例如，如果担保债权人不受计划约束但计划未规定允许满足这些债权人的担保债权，就可能有理由这样做。在此种情况下，如果法院认为担保债权人将对担保品行使权利，从而使计划无法实施，它就可能拒绝该计划。利用有关计划制定和批准的规定就能处理发生这种情况的风险。

189. 有几个国家还规定法院持续不断地发挥作用，在计划获得批准和确认后，并在计划执行完成前，对债务人实施监督。如果产生债务人义务履行的解释问题或其他问题，这一点可能很重要。

[向工作组说明：

工作组不妨考虑在重组专题下是否应当处理下述问题——

(a) 重组计划的作用：该计划是否重组程序的最后附加部分，负责处理全额支付股息和最后结算所有的求偿权（也称为债务和解或债务协议），或该计划是否阐明在重组期间应如何处理债务人和企业的方法，计划在程序开始时提出；

(b) 重组计划能否在清算程序或重组程序中制定；

(c) 重组计划的最低要求，包括规定资金的分配和未完全履行的合同及未到期的租约的继续或终止、求偿权的结算、担保品的出售、向债权人支付的最低股息、披露和接受程序、有争议求偿权参加表决过程的权利及有关如处理有争议求偿权的规定；“内部人员”的表决权 and 权力；计划内容的限制；

(d) 重组计划的修正；

(e) 计划未获批准或执行失败情况下向清算程序的转换；

- (f) 对重组计划的质疑;
- (g) 重组计划执行的监管;
- (h) 债务和求偿权的偿付;
- (i) 程序的终止。]

2. 摘要 – 重组计划

[……]

五、清算和分配

分配的优先权

1. 一般性评论

190. 为了在清算过程中确定产业收益分配的优先次序，许多法律采用这样一个普遍原则，即债权人按有关类别排队，这些类别兼顾与债务人形成的法律关系和商业关系。这种兼顾旨在维护正当的商业预期和增强商业关系的可预测性。虽然分配政策反映承认重要公共利益的选择办法，但这些更广泛的公共利益经常与私人利益相竞争，而且可能导致扭曲正常的商业刺激手段。

(a) 担保债权人

191. 向担保债权人分配的方法取决于用来在破产程序中保护担保债权人的方法。如果通过维护担保品的价值来保护这些权益，担保债权人对于担保品的收益将拥有第一优先求偿权，但以担保债权的价值为限。或者，如果通过在程序开始时固定求偿权担保部分的价值来保护担保债权人的权益，债权人将对该价值的普遍收益拥有第一优先求偿权。可取的做法是应限制第一优先规则的例外。一个例外可能有关与担保品的维护联系在一起的行政管理费。

(b) 行政管理求偿权

192. 破产程序经常要求各种专业人员如官方破产代表和债务人或破产代表的顾问予以协助。而且债权人委员会也可能发生费用。破产程序的这些费用作为行政管理求偿权经常具有最高优先权排在其他求偿权之前，而且处理方法经常不同于其他求偿权，以确保处理破产过程的当事方得到恰当的偿付。破产程序的费用可能包括许多或者所有的开启后债务：不仅

有债务人、破产代表和债权人委员会发生的专业费用，而且还有雇员的开始后求偿要求、租赁费用和类似的求偿权。

(c) 特权债权人

193. 一旦担保债权和行政管理费获得偿付，分配余下资源的方法各国之间差异相当大。破产法经常认定优先权利即由国内法归属于优先其他未担保和非优先（或欠优先）债务支付的某些（主要为未担保的）债务的权利。在有些国家，有些优先权如有关雇员的权利排在担保债权人之前。优先权利有损平等分配的原则并给普通未担保债务带来损害。各国提供的特权的类型不一样，但两个类别特别盛行。第一类给雇员的薪资和福利（社会保障和退休金求偿权）提供优先，而第二类有关政府的税收求偿权。虽然近来有些破产法已大大减少了优先权利的数目，反映出公众对于此种优惠待遇的接受程度的变化，但在其他国家存在着增加享受优先权的债务类别的倾向。保持许多种类求偿权的若干不同的优惠地位，有可能使实现破产过程的基本目标复杂化，而且使得难以实现过程的效率和效果。它可能制造不平等，并在重组中使计划制定工作复杂化。

(d) 未担保债权人

194. 一旦所有特权债权人的求偿权得到满足，余额将按比例分配给未担保债权人。该级别可能再细分，将有些求偿权作为次要级别处理。有些国家使诸如赏金、罚款、股东贷款和申请后利息等求偿权从属于一般未担保求偿权，而在其他国家将它们作为除外求偿权对待。

(e) 所有人

195. 许多破产法采用普通的规则，即企业的所有人无权获得资产收益的分配，直至优先的债权人得到全额偿付为止。这也许可能要求支付利息。如进行分配，将按照公司法和公司章程规定的股份等级进行。

(f) 分配的方法

196. 有的制度规定，在支付破产程序费用后，同样优先的优惠债务相互平等。在这种制度中，它们将得到全额偿付，除非需用于偿付的资产不足以满足它们。在这种情况下，它们将按照优先次序等比例削减。这样，每一优先等级将得到全额偿付然后再偿付下一等级。一旦达到某个优先等级时没有足够的资金全额支付所有债权人，该等级的债权人将按比例分享。在没有不同优先等级的制度中，如果没有足够的资金全额偿付所有债权人，那么就按比

例分享。可取的做法可能是在重组程序中规定，必须全额支付优先求偿权作为确认计划的前提条件，除非受影响的优先债权人同意另外的安排。

197. [重组计划可以提出不同于破产法规定的分配优先次序，假定此种修改已经表决计划的债权人批准。]

2. 摘要 – 分配

198. 可用来分配给债权人的金额将按下列次序偿付：

- a. [担保债权]；
- b. 与破产代表的任命、职责和职能有关的费用和报酬；
- c. 行政管理费；
- d. [其他批准的求偿权]。

199. 优先权利可[为雇员求偿权和其他特权债权人保留][保持到最低限度]。

200. 其中每个类别的求偿权互相平等。某个特定类别的所有求偿权将全额偿付，然后再偿付下个级别。如果没有足够的资金全额偿付，将按比例偿付。